

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa  
Centro Regional do Porto



CATÓLICA PORTO  
ESCOLA DE DIREITO

---

# O Artigo 72.º, n.º 2 do CSC: Entre Gestão Societária e Responsabilidade dos Administradores

Ana Patrícia Figueiredo Franco

Dissertação de Mestrado em Direito das  
Empresas e dos Negócios, sob orientação  
do Professor Doutor José Engrácia  
Antunes

Porto  
2015

## Agradecimentos

Um primeiro agradecimento ao Professor Doutor José Engrácia Antunes, pela disponibilidade e interesse na orientação da minha Dissertação. Ficarei sempre grata pelos valiosos conhecimentos que partilhou, pelo tempo despendido e pela forma pronta e recetiva com que sempre me recebeu e ajudou. Obrigada pelos conselhos e sugestões, pela sagacidade e rigor que me transmitiu.

Um agradecimento também à *PLMJ – Sociedade de Advogados, RL*, pela oportunidade e acolhimento, pelos recursos bibliográficos facultados e por todos os dias me desafiar. Agradeço ainda a disponibilidade e ajuda de todos, em especial para conciliar a aprendizagem no escritório com a elaboração desta Dissertação.

Agradeço também à *Universidade Católica Portuguesa*, pela qualidade, exigência e formação intelectual e a todos os meus Colegas desta jornada académica, pela partilha de ideias, discussões e esclarecimento de dúvidas.

Um obrigada especial ainda aos meus amigos, pela compreensão e calma que demonstraram ao longo desta etapa. Por me ajudarem e incentivarem na elaboração desta Dissertação, mas igualmente por me fazerem sair da rotina. Obrigada pela companhia e confidências.

Finalmente, um agradecimento particularmente sentido à minha família, em particular à minha irmã pela paciência e aos meus pais pelo cuidado, pela força e dedicação constantes, pelo apoio que tanto lhes devo, pela formação que me ofereceram e me permitiu chegar aqui... por me darem sempre a mão.

*Ler não é o fim. É o princípio da interpretação*

Relatores do Supremo Tribunal de Justiça

# Índice

<b>Abreviaturas</b>	<b>1</b>
<b>Nota Prévia</b>	<b>2</b>
<b>Introdução</b>	<b>3</b>
<b>Capítulo 1: <i>Business Judgment Rule</i> no Sistema Norte-americano</b>	<b>5</b>
<b>Capítulo 2: Outros Sistemas Jurídicos Comparados</b>	<b>12</b>
<b>Capítulo 3: O Regime da Responsabilidade Civil dos Administradores em Portugal: Considerações Gerais</b>	<b>16</b>
<b>Capítulo 4: A Política Legislativa Adotada: Uma Importação Precoce?</b>	<b>20</b>
4.1. Necessidade	21
4.2. Fundamentos	22
4.3. Verdadeira consagração da <i>bjr</i> ?	24
<b>Capítulo 5: O Art. 72.º, nº 2, do CSC</b>	<b>27</b>
5.1. Regime Substantivo	28
5.1.1. Âmbito de aplicação subjetivo	28
5.1.2. Âmbito de aplicação objetivo: situações carecidas de interpretação	32
(i) “A racionalidade empresarial”	32
(ii) A inexistência de interesse pessoal	34
5.2. Regime Processual	36
5.2.1 Causa de exclusão ou pressuposto da responsabilidade?	37
5.2.2. O regime do ónus da prova	38
(i) Na tese minoritária do pressuposto de responsabilidade	38
(ii) Na tese maioritária da causa de exclusão da responsabilidade	39
<b>Conclusão</b>	<b>44</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>47</b>

## Abreviaturas

A. – Autor; AA. - Autores

Ac. – Acórdão

AG – Assembleia Geral

Al. - Alínea

Art. – Artigo; Arts. – Artigos

Bjr – Business Judgment Rule

CA – Conselho de Administração

CadOD – Cadernos O Direito

CC – Código Civil

Cfr. – Confrontar

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CP – Código Penal

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-lei

DSR – Direito das Sociedades Em Revista

EUA – Estados Unidos da América

IDET - Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

NACD – National Association of Corporate Directors

Ob. Cit. – Obra Citada

P. – Página; PP. – Páginas

Proc. - Processo

RDS – Revista de Direito das Sociedades

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

SAD – Sociedade Anónima Desportiva

## Nota Prévia

O presente trabalho foi escrito ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, tendo as citações nele transcritas sido igualmente convertidas. Todas as traduções constantes desta Dissertação são traduções livres, feitas pela própria Autora. Os artigos da lei que se citarão ao longo do texto sem outra referência pertencem ao Código das Sociedades Comerciais.

Em particular sobre o tema objeto da Dissertação, cumpre esclarecer que os artigos 64.º e 72.º estão regulados na Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais. Por esse motivo os referidos preceitos aplicam-se a todos os tipos de sociedades comerciais, abrangendo designadamente quer os administradores das sociedades anónimas quer os gerentes das sociedades por quotas. Contudo, por facilidade de exposição, e tendo em conta que o regime não sofre alterações com a distinção referida, todas as referências doravante feitas a “administradores” devem entender-se como incluindo igualmente os gerentes.

## Introdução

A responsabilidade civil dos administradores por danos causados às sociedades comerciais com a sua atuação é um tema que tem merecido extensa atenção por parte da doutrina societária. O seu interesse prático tem-se manifestado de forma exponencial nos últimos anos, não só devido à dissociação entre acionistas/investidores e órgãos de administração e à atual profissionalização dos administradores, mas também devido às particulares características da atividade empresarial, sujeita à competitividade do mercado e necessidade de incentivar o empreendedorismo, bem como, à tomada de decisões complexas, de elevado risco e pressão temporal.

No âmbito deste regime de responsabilidade dos administradores, tem sido particularmente salientada a questão do erro de gestão decorrente de uma tomada de decisão que se veio a revelar prejudicial para a sociedade. A questão tem sido frequentemente chamada à colação, tendo reavivado a discussão da doutrina societária, sobretudo após a consagração do n.º 2, do art. 72.º, introduzido pelo legislador nacional com a Reforma de 2006.

A ideia fundamental deste preceito é a possibilidade de afastar a sindicabilidade judicial das decisões de gestão tomadas pelos administradores, ainda que as mesmas se venham a revelar erradas e/ou prejudiciais. Hoje, à medida que a consciencialização para a responsabilidade dos administradores vai aumentando, vai aumentando também o relevo desta figura, de forma a que através dela se possa evitar que os tribunais formulem juízos relativamente a decisões empresariais tomadas por administradores competentes e cuidadosos que, ao adotá-las, agiram com zelo e diligência.

Com base nesta ideia, faremos primeiramente um estudo da origem norte-americana desta nova regra, fonte de inspiração para o legislador nacional, bem como a sua aplicação nos sistemas jurídicos comparados, respetivamente nos Capítulos 1 e 2 do presente trabalho.

Posto isto, e porque a compreensão integral da questão em causa não pode dispensar a análise prévia dos deveres impostos aos administradores na sua gestão, procederemos, no Capítulo 3, a uma contextualização breve sobre o regime geral da responsabilidade civil dos administradores e em particular o dever de cuidado,

intimamente ligado com a possibilidade de exclusão da responsabilidade do administrador, *sub judice*.

Após a análise prévia destas questões fundamentais, procederemos à análise do art. 72.º, n.º 2.

Na verdade, e apesar de muitos AA. se terem já debruçado sobre o tema, a definição e concretização da regra implementada por este novo preceito não é consensual. A acrescer, e quase uma década passada desde a sua implementação, dúvidas subsistem ainda quanto à verdadeira motivação do legislador nacional, a qual terá, como veremos, consequências na interpretação das questões suscitadas.

Assim, refletiremos, nos Capítulos 4 e 5, sobre a necessidade, fundamentos e forma da transposição da norma para o ordenamento jurídico português, bem como, sobre os aspetos substantivos e processuais relevantes na aplicabilidade do artigo 72.º, n.º 2, designadamente os pressupostos de que depende a insindicabilidade das decisões dos administradores e a forma como opera o ónus da prova.



**Capítulo 1:**  
***Business Judgment Rule* no Sistema**  
**Norte-americano**

A evolução da *bjr*, enquanto princípio base da jurisprudência norte-americana, recua a 1829, a uma decisão do *Louisiana Supreme Court*, no caso *Percy v. Millaudon*<sup>1,2</sup>

Apesar de entendida de diferentes formas em diferentes Estados, a *bjr* é, desde logo, e unanimemente, um limite à sindicabilidade das decisões dos administradores, ou seja, ela prevê a possibilidade de se afastar o juízo dos tribunais relativamente a decisões (*judgment*) que os administradores tomam a respeito dos negócios, da gestão da sociedade (*business*).

Esta relutância em aceitar que os tribunais questionem ou eventualmente censurem as decisões dos administradores<sup>3</sup> visa, essencialmente, reconhecer ao administrador um espaço de imunidade que corresponde, no fundo, à fronteira que define e limita a responsabilidade do administrador.

A *bjr* foi pensada por referência ao *duty of care*, isto é, um administrador que atue de acordo com o *standard* de cuidado exigível<sup>4</sup> não será responsabilizado por uma decisão que, a final, se demonstrou insensata ou decorrente de um errado juízo de valor. Daqui resultam, então, dois aspetos de relevo para o nosso estudo, o dever de produzir uma decisão ponderada, equitativa e oportuna (*reasonable decision*) e o dever de obter toda a informação necessária para a tomada de decisão (*reasonable decisionmaking process*). No caso de se propor uma ação contra o administrador, “os tribunais apenas conhecem do (in)cumprimento do dever de realizar um *reasonable decisionmaking process*, não indagando se foi tomada uma *reasonable decision*”<sup>5</sup>. Por se tratar de uma competência técnica e de questões de pura gestão, a sindicabilidade judicial passa apenas por analisar a forma da decisão, isto é, o procedimento adotado pelos administradores para a tomada dessa decisão, avaliando, designadamente, se aquele foi precedido da recolha da informação insuficiente e dos respetivos elementos necessários.

---

<sup>1</sup> BLOCK, DENNIS J., NANCY E. BARTON, STEPHEN A. RADIN, *The business judgement rule – Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Volume I, 5th edition, Aspen Law & Business, New York, 1998, p. 9.

<sup>2</sup> Em 1984, no caso *Aronson v. Lewis*, foi formulada expressa e formalmente enquanto presunção, estabelecendo-se a conceção da *abstention doctrine*. Cfr. ROSENBERG, DAVID, *Making Sense of Good Faith in Delaware Corporate Fiduciary Law: A Contractarian Approach*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 29, No. 2, 2005, p. 498.

<sup>3</sup> “Judicial reluctance to *second guess* decisions by directors (...)”, em BLOCK, DENNIS J., *et al*, ob. cit., p. 9.

<sup>4</sup> O cuidado que uma pessoa prudente na mesma posição teria, quando confrontada com as mesmas circunstâncias. Cfr. BLOCK, DENNIS J., *et al*, ob. cit., p. 117 e mais desenvolvidamente pp. 632 e ss.

<sup>5</sup> Daí a referência enquanto “standard of judicial review for director conduct” em oposição a “standard of conduct”.

Sendo que é uma regra criada e desenvolvida no âmbito da jurisprudência, ela não está expressamente prevista em nenhum diploma legal. No entanto, tentativas de codificação foram empreendidas, por duas das mais prestigiadas entidades jurídicas americanas, *The American Bar Association* e *The American Law Institute*<sup>6</sup>. Enquanto a primeira concluiu que seria desejável que a regra se mantivesse atípica, evitando “congelar o conceito” e garantindo o contínuo desenvolvimento pelos Tribunais, através de uma aplicação puramente casuística; a segunda elaborou efetivamente um documento formal, os *Principles of Corporate Governance*, os quais, desde então, têm sido objeto de grande debate.

Na verdade, até à publicação deste diploma, em 1993, a *bjr* era entendida de forma praticamente unânime<sup>7</sup> enquanto presunção de que o administrador teria atuado de forma independente, cuidadosa, de acordo com a boa fé e com a honesta convicção que ao adotar aquela conduta estava a zelar pelos interesses da sociedade e respetivos sócios. Assim, desde que a decisão pudesse ser reportada a um processo - consciencioso e informado - de tomada de decisão e pudesse, em conformidade, ser atribuída a um propósito societário racional, o administrador beneficiaria da referida presunção que, em termos práticos, implicaria o afastamento da avaliação judicial sobre o mérito da decisão e, em consequência, o afastamento da responsabilidade do administrador<sup>8</sup>.

Contudo, a consagração dos *Principles of Corporate Governance* agitou a jurisprudência e originou o principal motivo de divergência nesta matéria ao negar a existência da referida presunção. Esta tomada de posição (na *Section 4.01* daquele diploma) implicou uma drástica alteração das regras do ónus da prova, razão pela qual gerou uma rutura relativamente ao entendimento que até ali vinha sendo perfilhado pela jurisprudência.

Criaram-se, assim, duas vertentes, a *abstention doctrine*, representada pelo Estado de Delaware e pela *The American Bar Association*, e a *standard of liability*, defendida pelo *The American Law Institute*.

Para os tribunais do Estado de Delaware a *bjr* representa processualmente a inversão do ónus da prova. Inversão que é, aliás, consequência necessária da existência

---

<sup>6</sup> BLOCK, DENNIS J., *et al*, ob. cit., p. 100 e ss. Refira-se, ainda, que, a *American Bar Association* é a autora do *Model Business Corporation Act*, o qual, a par dos *Principles of Corporate Governance* são dois dos diplomas com maior importância na *Corporate Law* dos EUA. No entanto, são apenas recomendações ou leis-modelo (*soft law*), o que significa que não têm força legal.

<sup>7</sup> Além do Estado de Delaware, “o Estado-mãe do direito societário”, pelo menos mais 25 Estados a reconheciam como presunção. Cfr. BLOCK, DENNIS J., *et al*, ob. cit., pp. 22 a 24.

<sup>8</sup> Detalhadamente sobre a presunção, BLOCK, DENNIS J., *et al*, ob. cit., pp. 19 a 25.

de uma presunção de licitude da conduta dos administradores. Isto é, para os defensores da *abstention doctrine*, invocar a *bjr* significa invocar uma presunção, ainda que ilidível, segundo a qual a decisão tomada pelos administradores cumpriu a tríade dos *fiduciary duties*, isto é, boa fé, lealdade (obedecendo ao interesse da sociedade) e dever de cuidado (decisão informada e apropriada). Em consequência, para que o administrador fosse responsabilizado, o demandante teria de ilidir a referida presunção, recaindo sobre ele, sob pena de perder a ação, o ônus da prova de demonstrar que os administradores não agiram com base naqueles pressupostos e que a respetiva decisão estava *viciada* devido, nomeadamente, a um conflito de interesses, tendo chegado a uma decisão motivada por interesses que não os interesses dos acionistas.

Com efeito, e em termos práticos, a *bjr* permite que administradores independentes e desinteressados, que tenham atuado com zelo e boa fé, tomem decisões sem receio de as verem avaliadas ou questionadas pelo tribunal (*judicial second-guessing*), ainda que sejam controversas, impopulares ou erradas<sup>9</sup>.

Pelo contrário, caso o demandante logre produzir prova suficiente para afastar a presunção, a decisão em causa será revista pelo tribunal, no sentido de se determinar se a conduta foi “*justa*” para a sociedade e seus administradores<sup>10</sup>, chamando-se o administrador e pedindo-lhe que justifique a sua atuação.

Contudo, alguns AA. entendem que os tribunais do Estado de Delaware, ao utilizarem o conceito de presunção, não estão cientes do seu verdadeiro significado e implicações (*they seem blissfully unaware of what the law of evidence teaches us about presumptions*)<sup>11</sup>.

Em conformidade com esta ideia, e tal como referido, os *Principles of Corporate Governance* optaram por não usar a palavra “*presumption*” por a considerarem *imprecisa e exposta a interpretação errada*<sup>12</sup> e ao invés, enumeraram os requisitos que devem estar verificados para se considerar que um administrador cumpriu o seu dever de cuidado.

---

9 BLOCK, DENNIS J., et al, ob. cit., p. 37.

<sup>10</sup> “Fairness thus «becomes an issue only if the presumption of *bjr* is defeated.» Where the presumption of the *bjr* is not rebutted, «the entire fairness enquiry ... simply has no application».” Cfr. BLOCK, DENNIS J., et al, ob. cit., p. 29.

<sup>11</sup> Por exemplo BRANSON, DOUGLAS M., *The Rule That Isn't a Rule – The Business Judgment Rule*, Valparaiso University Law Review, Vol.36, 2002, p. 644, por considerar que este não é um conceito pacífico, sujeito a diversas interpretações na jurisprudência. Este A. confessa ainda, no mesmo artigo (p. 650), que não é apologista da conceção do Estado de Delaware.

<sup>12</sup> The American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and recommendations*, Vol.I, ALI Publishers, St. Paul, Minn., 1994, p. 144.

Preenchidos aqueles requisitos, a *bjr* será aplicável e a *decisão de gestão* do administrador não será questionada nem apreciada pelo tribunal.

Apesar de produzir o mesmo resultado, esta conceção exige que seja o demandante a provar a violação do dever de cuidado. Por seu lado, o administrador demandado, se quer afastar a responsabilidade, deve provar que cumpriu o dever de cuidado, com base nos requisitos previstos na *Section 4.01*, demonstrando que não tinha interesse na causa, que agiu de forma informada e de acordo com a crença racional de que a decisão era no interesse da sociedade. Aqui, é o não preenchimento dos requisitos que funciona como requisito da responsabilidade dos administradores.

Assim, e apesar de, comparativamente, o encargo aqui ser maior para os administradores (por estarmos a falar de um ónus de prova mais exigente) uma vez feita esta prova o afastamento da responsabilidade fica, incontestavelmente, assegurado. É, então, possível concluir que esta conceção oferece uma maior proteção e clareza<sup>13</sup>. Daí que seja classificada como um *safe* ou *impregnable harbor* e, talvez também por essa razão, tenha sido abraçada por alguma doutrina e adotada por tribunais superiores de diversos Estados<sup>14</sup>.

Independentemente da conceção defendida, certo é que aplicada a *bjr* os tribunais abstêm-se de formular um juízo sobre a razoabilidade da decisão tomada pelos administradores que cumpriram os requisitos em causa, ficando, consequentemente, afastada a responsabilidade dos mesmos, ainda que os resultados obtidos com essa decisão se revelem danosos para a sociedade.

Sabendo que estão protegidos e acautelados pela *bjr*, os administradores beneficiam de uma confiança e de uma segurança mais firme na tomada de decisões. Ao salvaguardar a autonomia e a margem de discricionariedade no processo decisório, a *bjr* permite aos administradores uma maior liberdade na tomada de decisões arriscadas e incertas (cujo desfecho não é previsível ou cujo lucro não é evidente ou não resulta a curto-prazo) e um encorajamento nesse sentido. Isto porque, algumas dessas decisões, embora admitam uma margem de risco, têm um grande potencial lucrativo, podendo vir a trazer vantagens para a sociedade.

---

<sup>13</sup> BRANSON, DOUGLAS M., ob. cit., p. 635.

<sup>14</sup> BRANSON, DOUGLAS M., ob. cit., p. 634.

Aqui estão, em suma, as motivações para a aplicação da *bjr* no sistema estado-unidense, sem a qual os administradores se absteriam de tomar algumas das decisões mais importantes e mais vantajosas para as sociedades<sup>15</sup>. Com efeito, o fundamento com mais peso na aplicação da *bjr* é, desde logo, evitar que os administradores se inibam de tomar decisões arriscadas, explorar novos mercados, desenvolver novos produtos, inovar<sup>16</sup>. É, aliás, desejável que o façam e que sejam encorajados nesse sentido, agindo com independência e liberdade, sem receio que a decisão venha a ser questionada através de uma posterior apreciação judicial. Na verdade, e ainda que à primeira vista, possa parecer improvável que uma determinada decisão seja vantajosa, o risco está inerente a qualquer decisão concernente à gestão da sociedade e, muitas vezes, esse risco envolve um potencial lucrativo significativo e compensador. Ou seja, a mera possibilidade de lucro, advindo daquela decisão, é preferencial a uma decisão de nada fazer ou a uma decisão mais segura que, apesar de certa, acarreta muito menos lucro<sup>17</sup>.

Note-se, a este propósito, que até um administrador bem-intencionado, informado e sem interesse pessoal na decisão pode acabar por decidir de uma forma que, em retrospectiva, se mostrou imprudente e irrazoável. Ao abraçar esta falibilidade humana, a *bjr* estimula indivíduos competentes a aceitar o cargo de administradores que de outra forma o recusariam, com receio de uma ação de responsabilidade pessoal pelos seus atos<sup>18</sup>. *Maxime*, porque a atividade profissional de gestão empresarial não é dotada de *standards* de atuação previstos e definidos, estando sujeita a uma grande margem de discricionariedade.

Ainda no âmbito das motivações subjacentes à *bjr*, refira-se o facto de os juízes não possuírem formação específica na área da gestão empresarial, não estando preparados

---

<sup>15</sup> BLOCK, DENNIS J., *et al*, ob. cit., p. 13 refere, por exemplo, que, caso o regime da responsabilidade imposto aos administradores fosse rígido e severo, os fundadores da *Mac Donald's Corporation*, que colocaram \$3 milhões em risco para patentear a técnica de produção dos hambúrgueres, poderiam, por cautela e prudência, nunca ter tomado esta decisão tão lucrativa, afetando a empresa.

<sup>16</sup> Imprudente será, outrossim, que, no âmbito da atividade societária, não se corram riscos. BUXBAUM, RICHARD, *The Duty of Care and the Business Judgement Rule in American Law, Recent Developments and Current Problems in Die Haftung Der Leitungsorgane Von Kapitalgesellschaften* 79, K. Kreuzer ed., Baden-Baden: Nomos, 1991.

<sup>17</sup> Note-se, porém, ROSENBERG, DAVID, *Galactic Stupidity and the Business Judgment Rule*, *Journal of Corporation Law*, Vol. 32, 2007, p. 64, que esclarece que os riscos não podem ser desmedidos, mas devem, naturalmente, ser calculados e analisados, tendo em conta o conhecimento técnico dos administradores. (*This is in contrast to automobile driving in which there will always be liability for calculated risks that turn out badly. Perhaps my use of the term "calculated" begs the question. We expect directors to take risks based on their knowledge of the extent of the risk. But if no calculation is made and the decision turns out badly, that might very well constitute bad faith on the part of the director*).

<sup>18</sup> BLOCK, DENNIS J., *et al*, ob. cit., p. 12.

para analisar e julgar as complexas decisões de gestão societária<sup>19</sup>. É de salientar, a este respeito, a dificuldade em reproduzir as circunstâncias que levaram à tomada daquela decisão e em considerar, no âmbito do processo judicial, todos os fatores que foram pertinentes para chegar à mesma. Além disso, e em consequência do exposto acima, a análise *a posteriori* das decisões de gestão fica, muitas vezes, prejudicada pelo conhecimento que os juízes têm naquele momento (e que os administradores não dispunham à data da tomada de decisão).

Por fim, tem ainda sido apontado o facto de a *bjr* ajudar a assegurar que os sócios ou acionistas não interferem em demasia na gestão da sociedade. Isto é, se estes pudessem livremente questionar a oportunidade de todas as decisões de gestão teríamos afinal uma transferência do poder de gestão.

As vantagens notórias desta regra conduziram à sua crescente aplicabilidade prática não só nos EUA, onde se assistia a uma avalanche de ações de responsabilidade, mas também em todos os outros países por onde se foi espalhando...

---

<sup>19</sup> Na palavras de BLOCK, DENNIS J., *et al*, ob. cit., pp. 15 a 17, “Directors are, in most cases, more qualified to make business decision than are judges”, “The board, not the Court, is in the best position to manage the corporation’s affairs”.

## **Capítulo 2:**

### **Outros Sistemas Jurídicos**

### **Comparados**



Vimos já os motivos pelos quais se pensou a *bjr* no sistema legal estado-unidense. Foram os pioneiros em tal regra, pois sentiram a necessidade de contrariar o excessivo encargo que sofriam os administradores das suas sociedades comerciais.

Outros países seguiram a mesma orientação, tais como a Itália ou a Alemanha.

A Alemanha e a Itália começaram a defender a insindicabilidade das decisões empresariais por influência norte-americana. Ambos os países reconhecem a existência de um dever geral de administrar com diligência<sup>20</sup>, que encontra expressão legal no dever de se informar diligentemente, dedicando ao exercício da função o tempo, esforço e formação prévia necessários e adequados.

Contudo, aqueles países distanciam-se na forma como encaram o ónus da prova. No Direito alemão, a sociedade tem um ónus da prova indiciária da ação/omissão violadora do dever, do dano e do nexo de causalidade. Por sua vez, o administrador terá que provar que não existe ilicitude, culpa, ou que os danos teriam sido causados ainda que tivesse agido adequadamente. Esta forma de pensar a *bjr* implica facilidade e vantagem para a sociedade alegadamente lesada, uma vez que esta terá apenas de demonstrar meros indícios da violação.

Por outro lado, no sistema italiano, à sociedade caberá fazer a prova plena da conduta violadora do dever, do dano e do nexo de causalidade. Aqui a prova indiciária não basta e não é suficiente para que a ação proceda. Feita essa prova plena, o administrador, para afastar a sua responsabilidade, terá que provar que não existe culpa.

Por seu turno, Espanha adotou um modelo distinto dos anteriores, ainda que relativamente próximo do italiano, onde a repartição do ónus da prova pelas partes é feita, a nosso ver, de uma forma proporcional e adequada, relativamente à finalidade última de proteção dos administradores<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Na Alemanha, veja-se a nova redação dada ao § 93, I, 2, 1.ª parte, da *Aktiengesetz*: “Os administradores que violem o dever de cuidado são responsáveis solidariamente com a sociedade pelos danos resultantes dessa violação. Caso se suscitem dúvidas sobre se os administradores exerceram o cuidado de um administrador prudente e diligente, é aos administradores que cabe o ónus da prova (...)”. Para maiores desenvolvimentos ver, por exemplo, PAEFGEN, WALTTER, *Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der Aktiengesellschaft*, Köln, 2002. Em Itália, o art. 2381.º/6 do *Codice Civile*, com a alteração de 2003, passou igualmente a prever o dever de agir de modo informado: “Os administradores devem cumprir os deveres que lhes são impostos pela lei e pelos estatutos, com a diligência exigida pela natureza das suas competências específicas. Eles são solidariamente responsáveis perante a empresa pelos danos resultantes da inobservância de tais deveres, (...)”. Para maiores desenvolvimentos ver, por exemplo, AMATO, SERGIO DI, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Giurisprudenza Commerciale, I, 2003.

Da mesma forma, reconhecendo um dever de diligência, pode ver-se o *Code de Commerce* francês (artigo L225-251), o *Code des Obligations* suíço (artigo 717) e a *Companies Act* 2006 inglesa (artigo 174).

<sup>21</sup> O artigo 226 da *Ley de Sociedades de Capital* dispõe o seguinte: “En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado

No ordenamento jurídico espanhol, a limitação da responsabilidade subjacente à *regla del – buen – juicio empresarial* opera quando os administradores, ao tomar uma decisão empresarial, o fazem de boa fé, com um grau de diligência razoável, podendo ser-lhe atribuído um fim empresarial racional. Cumulativamente, essa decisão deve ser baseada num procedimento informado, que não seja gravemente negligente, na medida em que pelo administrador tenham sido considerados todos os fatores que razoavelmente estavam à sua disposição<sup>22</sup>.

Assim, a aplicação da *bjr* espanhola parece estar dependente de pressupostos em sentido negativo e em sentido positivo. Concretizando, os pressupostos em sentido negativo referem-se ao facto de não poder haver um incumprimento de deveres legais específicos, do dever de lealdade (reportado à posição imparcial e independente que o administrador deve adotar) e do dever de fidelidade (o qual impõe o respeito pelo interesse social). Por sua vez, os pressupostos em sentido positivo – verdadeiros requisitos de aplicação da regra – requerem o cumprimento do dever de diligência, quer através de aspetos substantivos que justificam a decisão (a racionalidade e a boa fé), quer no que diz respeito ao procedimento seguido para a adoção da decisão (imposição de uma obrigação de se informar e investigar)<sup>23</sup>.

Esta ordem de ideias significa que o primeiro passo será analisar se houve incumprimento de alguns daqueles deveres, uma vez que, esse incumprimento excluirá, desde logo, a aplicação da regra. O demandante que procure reparação de um prejuízo deverá, portanto, provar alguma daquelas causas de incumprimento, *a fim de deslocar ou levantar o véu do privilégio que a regra oferece aos administradores* <sup>24</sup>. Consequentemente, é apenas no caso de o administrador ter atuado sem qualquer interesse pessoal e com a crença honesta de que a decisão cumpria o interesse da sociedade que a regra será aplicável. Após a alegação e fundamentação, por parte do demandante, de que a decisão adotada é incoerente ou irracional e que existiu uma violação do procedimento adotado, o administrador irá fazer a contraprova, mediante o preenchimento dos requisitos de que depende a aplicação da *regla del juicio empresarial*.

---

empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”.

<sup>22</sup> CEBRIÁ, LUIS HERNANDO, *El Deber de Diligente Administración en el Marco de los Deberes de los Administradores Sociales, La Regra del – Buen – Juicio Empresarial*, Marcial Pons, 2009, p. 135.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Idem*.

Assim, e em suma, o administrador não só terá que provar que agiu sem culpa, como também será exigida a demonstração do cumprimento do dever de diligência. Demonstração que compreenderá a prova de que a tomada da decisão em causa tinha em vista a valorização máxima da sociedade, que era racional, adequada e compreensível, bem como, de que o procedimento que a precedeu passou pela obtenção de todas as informações necessárias, possíveis e razoáveis, tendo em conta o contexto do mercado e as características e importância da decisão para a sociedade<sup>25</sup>. Desta forma, evitará a apreciação judicial da sua decisão e, consequentemente, a eventual responsabilidade subjacente.

Note-se que, em todo o caso, e independentemente do ordenamento jurídico em causa (incluindo em Portugal), a não aplicabilidade desta regra não significa, *de per se*, a responsabilidade do administrador. Ela significa apenas o afastamento da “imunidade jurídica” do administrador e a consequente revisão judicial da decisão adotada.

Refira-se ainda e, por último, que além da Alemanha, Itália e Espanha, também Portugal se interessou pela possibilidade de consagrar uma regra semelhante.

Em Portugal, contudo, e como veremos *infra*, o processo de implementação desta figura na lei desenvolveu-se de forma prematura e oposta ao que se verificou nos restantes países. Começámos por legislar, antes de sentir uma necessidade efetiva.

---

<sup>25</sup> CEBRIÁ, LUIS HERNANDO salienta que a exigência desta prova fez surgir a prática mercantil das *Due Diligences*, ou seja, o recurso a terceiros especializados e independentes, que, após análise, comprovem a *bondade* das decisões a adotar. É, assim, referido pelo A., em *ob. cit.*, p. 149, que “este medio de cautela – o diligencia debida – exigible a los administradores permite la alegación del cumplimiento de este requisito de la Regla y, consecuentemente, restringe la posibilidad de una revisión judicial de la decisión”.

**Capítulo 3:**  
**O Regime da Responsabilidade**  
**Civil dos Administradores em**  
**Portugal: Considerações Gerais**

O princípio geral nesta matéria dispõe que, as sociedades comerciais respondem pelos prejuízos causados a terceiros por atos praticados em seu nome, qualquer que seja a natureza dessa responsabilidade civil (contratual, extracontratual ou pelo risco).

Contudo, muitas vezes, no âmbito desta responsabilidade, a sociedade poderá invocar um direito de regresso sobre o administrador que praticou aquele ato ou omissão. Estará, então, em causa a responsabilidade do administrador perante a sociedade – objeto do nosso estudo -, sendo que a lei prevê também a responsabilidade perante os credores sociais ou os sócios e terceiros.

A responsabilidade perante a sociedade é uma responsabilidade interna, na medida em que se destina a ressarcir o património social. É qualificada como contratual ou obrigacional, uma vez que a mesma resulta da violação de vínculos emergentes do contrato de sociedade e como funcional porque se reporta a atos praticados ou omitidos pelos administradores nas suas funções e por causa destas<sup>26</sup>.

Ora, para que um administrador seja responsabilizado, é necessário que estejam preenchidos os seguintes pressupostos: facto, ilicitude, culpa, danos e nexo de causalidade entre facto e dano.

A respeito do primeiro dir-se-á que a conduta do administrador pode consistir numa ação ou numa omissão. Importante é que haja um processo de tomada de decisão, quer esse processo termine com uma decisão de agir ou de não agir. Isto porque, ainda que o administrador decida abster-se de agir, haverá uma decisão concreta, consciente e determinada (a decisão de não agir).

Em segundo lugar, a ilicitude está expressamente determinada pelo art. 72.º, isto é, serão ilícitos todos os atos ou omissões, praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais. Os contratuais serão naturalmente, como resulta do nome, aqueles que decorrem do contrato e estatutos societários. Quanto aos legais, impõe-se a seguinte nota.

O principal dever de um administrador, o seu dever por excelência, é o dever de administrar. Esta obrigação representa um *conceito-síntese*, decomponível em diversos outros deveres<sup>27</sup>. É em função desta obrigação de administrar que o legislador previu deveres legais gerais e *específicos*, aos quais o administrador está vinculado no cumprimento da prestação a que está adstrito.

---

<sup>26</sup> Fica, portanto, excluída a possibilidade de uma responsabilidade pelo risco, por a mesma ser incomportável numa situação como a que decorre da celebração do contrato de sociedade, porquanto o risco é um elemento incontornável na gestão de uma sociedade.

<sup>27</sup> Sobre o dever de administrar, ver NUNES, PEDRO CAETANO, *Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Acionistas*, 2001.

Os deveres legais *específicos*<sup>28</sup> resultam de forma imediata da lei e impõem obrigações estritas e específicas, legalmente estabelecidas e impostas. A lei não consente, nestes casos, qualquer margem de ponderação no que toca à observância do comportamento por ela exigido; não há autonomia ou liberdade na atuação ou apreciação do administrador.

A estes deveres contrapõe-se o dever *genérico/geral* e principal de administrar e representar a sociedade. A existência de deveres legais gerais é hoje expressamente admitida por lei. Por influência do direito anglo-saxónico, o DL responsável pela Reforma reconduziu estes deveres aos deveres legais gerais impostos aos administradores, os quais estão hoje referidos no artigo 64.º, sob a epígrafe “Deveres fundamentais”, incluindo os deveres de cuidado e os deveres de lealdade.

No que diz respeito ao dever de cuidado, ele impõe ao administrador, no exercício das suas funções – nomeadamente na tomada de decisões –, que seja diligente, que revele competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade e das condições de mercado onde aquela atua. Note-se que, a competência técnica e conhecimento da atividade devem ser aferidos casuisticamente, na medida do razoável e adequado às funções concretas do administrador. Contudo, e além da exigência daqueles elementos, o dever de cuidado é também concretizado através da estipulação do padrão de diligência “de um gestor criterioso e ordenado”. No âmbito desta fórmula abrangente estão abrangidos designadamente o dever de atuar com cautela e ponderação, o dever de vigilância, o dever de obtenção de informação no *iter decisional* e o dever de tomar decisões racionais. Estamos, portanto, perante um comportamento objetivamente exigível, cujo cumprimento é aferido e fiscalizado através do n.º 2, do art. 72.º. É aqui que recai o juízo sobre a conduta do administrador, para efeitos de responsabilidade civil e, para o que interessa ao nosso estudo, para efeitos da exclusão dessa responsabilidade.

---

<sup>28</sup> Assim são denominados por ABREU, J. M. COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, N.º5, Almedina, 2.ª edição, 2010, pp. 9 e ss. No mesmo sentido, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades*, ed. do A., 2013, p. 326; COSTA, RICARDO, *Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule*, in Reformas do Código das Sociedades, IDET, Colóquios, N.º3, Almedina, 2007, p. 68 e ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA, *A Business Judgment Rule*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista (coordenação de Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2011, p. 368. Por sua vez, VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade, Ilicitude e Culpa e o Artigo 64.º do CSC*, in DSR, Ano 1, Vol. II, 2009, p. 61, prefere distinguir categorias de atos em vez de categorias de deveres, pelo que se refere a eles como atos vinculados de administração. REIS, NUNO TRIGO DOS, *Os Deveres de Lealdade dos Administradores de Sociedades Comerciais*, CadOD, 2009, pp. 369 e 370, prefere ainda uma terceira denominação, designando-os como deveres de lealdade “em sentido impróprio”.

Por seu lado, o dever de lealdade obriga a que os administradores, no exercício das suas funções, ajam com base no interesse da sociedade. A definição de interesse social não é pacífica e tem sido discutida na doutrina<sup>29</sup>. Para o que nos importa, contudo, a ideia a reter é a de que, no âmbito do dever de lealdade, proíbe-se que, no desempenho das suas funções societárias, o administrador prossiga qualquer outro interesse que não o da sociedade, devendo, para tal, abster-se de procurar benefício pessoal que se tenha por ilegítimo.

A exigência do terceiro pressuposto, o da culpa, revela a ideia de que esta é uma responsabilidade assente na culpa individual dos administradores, ou seja, os administradores só serão responsabilizados por ilícitos praticados com dolo ou negligência. Tenha-se, ainda, em atenção que se trata de uma culpa presumida, recaindo o ónus da prova da sua ausência sobre o próprio administrador<sup>30</sup>.

Por fim, impõe-se a demonstração de que foi causado um dano à sociedade, um dano social, e que esse dano resultou do ato ou omissão praticado pelo administrador em causa (nexo de causalidade).

No entanto, e mesmo que todos estes pressupostos estejam preenchidos, haverá situações em que a responsabilidade perante a sociedade não se verifica. É neste contexto que se insere a causa de exclusão prevista no art. 72.º, n.º 2, necessariamente ligado com os deveres referidos no art. 64.º, como veremos, desde logo porque determina justamente as circunstâncias em que a violação do dever de cuidado não gera responsabilidade.

---

<sup>29</sup> Desenvolvidamente, por exemplo, ver RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, 2009, pp. 509 e ss.

<sup>30</sup> “(...) salvo se provarem que procederam sem culpa” é a redação do art. 72.º, n.º 1 do CSC.

**Capítulo 4:**  
**A Política Legislativa Adotada:**  
**Uma Importação Precoce?**



#### 4.1. Necessidade

Com o DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, protagonista da Reforma de 2006 ao CSC, foi aditado ao art. 72.º um novo n.º 2, o qual prevê o afastamento da sindicabilidade das decisões tomadas pelos administradores e a consequente exclusão da sua responsabilidade, mediante a verificação dos requisitos cumulativos aí enunciados. Tem sido geralmente reconhecido, entre nós, que este aditamento foi inspirado e influenciado pela *bjr* norte-americana<sup>31</sup>.

Contudo, atente-se no princípio geral relativo à regulação legislativa, segundo o qual “os princípios, preceitos ou regras derivam o seu sentido do contexto da atividade humana em que são observados. Eles nascem no decurso da interação humana e apenas são inteligíveis enquanto referidos a essa conduta de que surgem”<sup>32</sup>. Significa isto que o Direito regula aquilo que a realidade social manifesta. O legislador observa a interação humana e procura colmatar as necessidades subjacentes com que se deparou. Nesse sentido, o Direito espelha e adapta-se à mentalidade e evolução da sociedade e àquilo que ela, em determinado momento, necessita. Tendo isto em consideração, não nos parece, porém, que tenha sido este o processo seguido, no que diz respeito ao n.º 2, do art. 72.º.

Na verdade, é escassa a jurisprudência nacional, no que diz respeito a ações de responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais, verificando-se, ao invés, que os litígios relativos à administração das sociedades se centram no contencioso interno das mesmas, sendo maioritariamente resolvidos através da destituição dos administradores<sup>33</sup>.

E assim se tem mantido nos dias que correm. Com efeito, à data da intervenção legislativa de 2006, a jurisprudência portuguesa contava com um número insignificante de ações propostas pelas sociedades comerciais, com o intuito de responsabilizar os seus

---

<sup>31</sup> Ver por exemplo, LOURENÇO, NUNO CALAIM, *Os deveres de administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, 2011, p. 30 ou VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, ob. cit., p. 51, que defende inclusivamente que é “comercialmente insensato e juridicamente incorreto ignorar o sistema de Delaware” e que é imprescindível que o mesmo não se perca de vista.

<sup>32</sup> MACHADO, BATISTA JOÃO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2008, p. 24.

<sup>33</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, LEX, 1997, p. 146 e 252, justifica esta ocorrência com o facto de os administradores das sociedades terem passado de abastados, acionistas com boa posição e fortuna a “apenas gestores assalariados”, contra os quais não são vantajosas ações judiciais de responsabilidade. Por esse motivo, “a falha de gestão é retribuída não já com pedidos de indemnização – que não permitiriam compensações adequadas – mas com a destituição”.

administradores por gestão danosa<sup>34</sup>. Estávamos, portanto, bem longe de um “enérgico sistema de responsabilidade civil”<sup>35</sup>, que justificasse a introdução do n.º 2, do art. 72.º. Ao contrário do que sucedeu nos EUA ou na Alemanha - onde se impuseram necessidades efetivas<sup>36</sup> -, em Portugal as questões de responsabilidade civil não surgiam com uma frequência preocupante ou em escala suficiente para levar os administradores a adotarem uma “administração defensiva”<sup>37</sup> e a recearem tomar decisões audazes e/ou arriscadas.

Como vimos, foi essa a principal motivação da consagração da *bjr* nos outros ordenamentos jurídicos. Salvar a discricionariedade dos administradores, para que tenham a liberdade e confiança de tomar decisões de risco, sem recearem ver a sua decisão em juízo *a posteriori*, objeto de uma ação de responsabilização.

Em face do exposto, não nos parece que esse problema se tenha feito sentir no ordenamento jurídico português. De facto, não se verificou, em Portugal, “nenhum surto de responsabilização dos administradores que pudesse justificar tal cautela”<sup>38</sup>, pelo que, é de estranhar, como bem assinala Menezes Cordeiro, a intervenção legislativa a este respeito.

Por esse motivo, afigura-se-nos pertinente examinar o fundamento invocado para a introdução do referido n.º 2, do art. 72.º.

## 4.2. Fundamentos

O fundamento referido, pela CMVM, de “potenciar (ou não restringir) o sentido empresarial e empreendedor de atuação dos administradores”<sup>39</sup> seria pertinente num sistema de responsabilidade como o que se fazia sentir nos EUA. Pelo contrário, em Portugal, a consequência para o descontentamento da sociedade relativamente aos seus

---

<sup>34</sup> A este propósito, Pedro Caetano Nunes expressa, em 2006, o seu total desconhecimento de algum caso de “efetiva condenação de um administrador perante a sociedade, por violação do dever de gestão (de administração ou de diligência)”, in *Corporate Governance*, Almedina, 2006, p. 21. O A. acrescenta que apesar de existirem decisões que abordam a matéria da responsabilidade do administrador perante a sociedade, elas não fornecem um contributo útil para os temas em análise: a existência de um dever de gestão (de administração ou de diligência) e a (in)sindicabilidade do mérito das decisões empresariais.

<sup>35</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2.ª edição, 2012, § 8, p. 279.

<sup>36</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. I, Das Sociedades em Geral, Almedina, 2.ª edição, 2007, p. 807.

<sup>37</sup> Na expressão de ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, ob. cit., p. 363.

<sup>38</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, ob. cit., 2007, p. 808.

<sup>39</sup> Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais, Proc. de Consulta Pública n.º 1/2006, de 30 de janeiro de 2006, pp. 17 e 18.

administradores não tem sido a responsabilidade civil, mas sim a destituição e substituição dos mesmos. Por esse motivo os administradores das sociedades comerciais portuguesas não se sentiam – e continuam a não se sentir – reprimidos ou ameaçados por uma ação judicial; as suas decisões, ainda que prejudiciais ou danosas, poucas vezes são questionadas ou avaliadas judicialmente.

A inércia do nosso sistema é maioritariamente justificada pelos elevados custos e a morosidade das ações judiciais. A esta acrescem as razões apontadas por Menezes Cordeiro, especialmente nas sociedades anónimas, por serem as de maior dimensão e património social, em que “havendo erros ou falhas de gestão, os danos causados poderão ser muito superiores a qualquer hipótese de ressarcimento pelos administradores responsabilizáveis”<sup>40</sup>. O mesmo A. considera ainda que as ações de responsabilidade contra administradores são muitas vezes evitadas, pois envolvem má publicidade para a sociedade em questão, e desencorajam, consequentemente, os investidores, dificultando a obtenção de crédito.

Logo por aqui resulta evidente a diferença de conjunturas, aquando da consagração da *bjr*, em 1829, nos EUA, e em 2006, em Portugal. A introdução do n.º 2, do art. 72.º, ainda que acautelando (potencialmente) o futuro, foi feita de forma precoce, antecipando-se à realidade social. Na verdade, só recentemente (quase 10 anos passados da intervenção legislativa) começam a surgir os primeiros sinais de um sistema de responsabilidade judicial ativo, mostrando a vontade, por parte da sociedade ou dos sócios, de exigir que os administradores sejam responsabilizados pelas decisões adotadas<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, ob. cit., 2007, p. 940.

<sup>41</sup> Exemplo disso é o recente caso da responsabilização do CA da SAD do Sporting. A sociedade expressou essa intenção e aprovou inclusivamente a propositura da ação em Assembleia-Geral, pelo facto de os administradores terem violado “culposamente os deveres de diligência e cuidado a que estavam obrigados, causando prejuízos à sociedade”. Em causa estava, nomeadamente, a contratação de um novo jogador, sem que o mesmo tivesse sido sujeito a exames médicos (in Jornal Público, *SAD do Sporting aprova queixa contra Godinho Lopes em AG*, publicada em 01/10/2014, consultada em <http://www.publico.pt/desporto/noticia/sad-do-sporting-aprova-queixa-contra-godinho-lopes-em-ag1671588>, no dia 30/12/2014).

Outro exemplo, mais paradigmático nos dias que correm, prende-se com o processo do Banco Espírito Santo (BES). Os acontecimentos que levaram ao endividamento desta instituição de crédito desenrolaram-se durante vários anos, até terem culminado em prejuízos de grave dimensão e numa situação financeira descontrolada e irreversível. O processo em causa implica um longo hiato temporal, diversos intervenientes e uma complexidade extrema. Facto é que a instituição não conseguiu manter o seu funcionamento nos moldes normais, tendo registado prejuízos astronómicos. É com base nesses prejuízos que se pretende, agora, responsabilizar o CA desta sociedade anónima. Mais uma vez se entende aqui que foi violado o dever de cuidado exigível aos administradores, por terem adotado uma atitude conformada e desleixada em relação à situação que se fazia sentir. Entre variadas outras alegações, a intenção de responsabilizar os administradores e a alegada violação do dever de cuidado têm sido motivadas pelas operações ruinosas e

Portugal começa agora a sentir aquilo que os EUA sentiram há quase 200 anos atrás. A diferença – que não pode deixar de ser irônica – é que o ordenamento jurídico português, antes do surgimento de um sistema de responsabilidade judicial ativo, já prevê a solução para o seu afastamento. Assim, no caso de Portugal, a regra em causa parece significar uma medida preventiva – e não escapatória como parece ter sido nos EUA – já que convida os administradores a um maior cuidado (designadamente em termos de prova e fundamentação) na construção do processo deliberativo, uma vez que a exclusão da responsabilidade será mais facilmente alcançável se as suas decisões obedecerem a um processo interno inatacável.

Contudo, isto posto, impõem-se as seguintes dúvidas. Qual então o verdadeiro fundamento do n.º 2, do art. 72.º e como se compatibiliza com o objetivo da Reforma ao CSC?

#### **4.3. Verdadeira consagração da *bjr*?**

A CMVM afastou perentoriamente, no Processo de Consulta Pública, a consagração do n.º 2, enquanto presunção de licitude da atuação dos administradores. Primeiro, porque isso implicaria uma “fratura sistemática no nosso sistema de imputação de danos”. Evidenciou, nesta sequência, que o art. 72.º é inclusivamente pautado por uma presunção de atuação culposa dos titulares do órgão de administração, em caso de dano provocado por ilícito que lhes seja imputável. Segundo, porque “não se verificam em Portugal os pressupostos que suscitaram a criação dessa regra nos Estados Unidos”. Acrescentando que “a consagração de uma norma presuntiva da atuação lícita dos administradores correria o risco de agravar o já existente défice de sentenças condenatórias nesta matéria”.

Daqui resulta, desde já, uma primeira conclusão: a introdução do n.º 2 não tinha, de maneira nenhuma, a intenção de diminuir o número de ações judiciais de responsabilidade civil dos administradores.

---

de duvidosa legalidade levadas a cabo ao longo do tempo. Exemplo disso foi a decisão de criar novos instrumentos financeiros de alto risco, vendê-los o máximo possível, desconsiderando (e ocultando!) os riscos adjacentes e os possíveis (e muito prováveis) resultados negativos. Com base nessa atitude ilícita, a sociedade, os acionistas, os investidores, os adquirentes dos referidos instrumentos financeiros, exigem responsabilidade.

Conclusão que parece ser corroborada com aquilo que ficou efetivamente consagrado na letra da lei. Como *infra* demonstraremos, a letra da lei parece prever que a responsabilidade do administrador apenas será excluída caso ele logre fazer a prova da verificação das exigências do art. 72.º, n.º 2. Ora, se a ideia tivesse sido afastar mais facilmente a responsabilidade dos administradores, nenhum sentido faria onerá-los, como a lei parece onerar, com a prova da verificação das exigências aí previstas.

Carneiro da Frada afirma a este propósito que “a opção do legislador português teve a intenção anunciada de *facilitar a responsabilização* dos administradores” (itálico nosso)<sup>42</sup>. Repare-se que a “intenção anunciada” foi a de facilitar a responsabilização; não de a evitar! Esta ideia afasta-se de forma completamente oposta do fundamento invocado pelo ordenamento jurídico norte-americano para a consagração da *sua bjr*.

No Direito Português, em contrapartida, aquela intenção está mais próxima dos objetivos da Reforma de 2006. Tendo em conta que se considerou, entre nós, “excessivamente baixo” o número de ações de responsabilidade dos administradores, o objetivo da Reforma foi “permitir uma maior escrutinização e condenação da atividade dos dirigentes societários”, defendendo, dessa forma, os interesses sociais “contra os abusos do arbítrio gestório”<sup>43</sup>. No fundo, tentar dinamizar ou potenciar a responsabilidade dos administradores (em contraposição ao que aconteceu com a *bjr* americana, cujo objetivo, reitera-se, era afastar essa responsabilidade) para que, de forma preventiva, se evitem más práticas de gestão.

Em face do exposto, temos alguma dificuldade em aceitar que o n.º 2 do art. 72.º consagre a *bjr*<sup>44</sup>. Os fundamentos foram, como vimos, opostos, a natureza jurídica e o papel do preceito são igualmente diferentes<sup>45</sup>. Admitimos e aceitamos que o preceito

---

<sup>42</sup> FRADA, M. A. CARNEIRO DA, *A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*, in ROA, Ano 67, Vol. I, 2007, p. 8.

<sup>43</sup> LOURENÇO, NUNO CALAIM, ob. cit., pp. 44 e 45 e ainda o Proc. de Consulta Pública n.º 1/2006, da CMVM, p. 18.

<sup>44</sup> O que também já foi defendido por Mariana Figueiredo, na sua dissertação de Mestrado (*não teremos em Portugal a “business judgment rule” norte-americana...*), cfr. FIGUEIREDO, MARIANA, “*A Business Judgment Rule*” e a sua Harmonização com o Direito Português, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas e dos Negócios na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2011. Num sentido convergente temos Ricardo Costa, in ob. cit., 2007, pp. 63 e 67, que considera que não há uma “correspondência linear” e que “não houve, nem tinha que haver, um «transplante legal» perfeito e imutável entre a experiência jurídica norte-americana e o nosso direito”. Por sua vez, DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006, pp. 71 e 72, embora utilize a expressão “consagrar” a *bjr*, reconhece que o legislador o fez de “forma parcial ou mitigada”.

<sup>45</sup> DUARTE, RUI PINTO, *A Intemperança Legislativa no Direito das Sociedades*, in II Congresso DSR, Almedina, 2012, p. 590, nota de rodapé 55, a este respeito, refere que merece ser sublinhada a ironia de a *bjr* ter nascido, nos EUA, para proteção dos administradores e de o transplante da mesma para Portugal ter

português tenha sido influenciado pela *bjr* americana; não podem, porém, os dois ser encarados da mesma forma. Vejamos porquê, analisando o regime do n.º 2, do art. 72.º.

---

redundado num agravamento do seu estatuto. E realmente - acrescentamos nós - o *agravamento do seu estatuto* não faria qualquer sentido se a ideia fosse beneficiar os administradores. Razão pela qual nos perguntamos qual o interesse a que a ordem jurídica portuguesa deu prevalência. Proteção dos administradores? Tutela de credores?

Ana Franco  
Dissertação de

## **Capítulo 5:**

### **O Art. 72.º, n.º 2, do CSC**

“A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”. É este o texto legal do n.º 2, do art. 72.º. À primeira vista, diríamos que, preenchidos cumulativamente os três requisitos enunciados, é afastada a responsabilidade dos gerentes e administradores em causa. Contudo, o preceito não é tão simples como pode parecer.

Pode ter sido porque o aditamento da norma foi precoce; porque a sua consagração se antecipou à realidade social; porque foi inspirado no sistema americano da *Common Law*, no qual não existe a distinção entre ilicitude e culpa; ou até devido à “intemperança legislativa”<sup>46</sup>, característica do Direito Societário português. Certo é que a intervenção legislativa em causa deixou em aberto questões que têm dado asas a discussão doutrinal.

## 5.1. Regime Substantivo

### 5.1.1. Âmbito de aplicação subjetivo

O campo de aplicação do n.º 2, do art. 72.º é o das decisões empresariais ou das decisões *de gestão*, ou seja, das decisões tomadas pelos titulares do órgão de administração da sociedade no exercício das suas funções. Este ponto não levanta problemas. Contudo, perguntamo-nos se o campo de aplicação subjetivo desta norma não poderá ser mais abrangente e ir para além da aplicação a gerentes e administradores.

No que diz respeito aos grupos de sociedades, Ana Perestrelo de Oliveira não parece ter dúvidas quando afirma que a sua aplicação é clara, uma vez que resulta da remissão operada pelo art. 504.º, n.º 2 para o regime geral da responsabilidade, regulado nos arts. 72.º a 77.<sup>47</sup>

Menos fácil de resolver parece ser a análise das remissões dos arts. 78.º, 79.º e 81.º. Começamos pelo último. Terá o art. 72.º, n.º 2, aplicação aos atos dos titulares de órgãos de fiscalização, por força da remissão do artigo 81.º? Segundo aquela remissão, “os membros de órgãos de fiscalização respondem nos termos aplicáveis das disposições anteriores”, onde, naturalmente, se inclui o artigo 72.º. A este respeito cumpre esclarecer que, em princípio, a atividade destes órgãos resume-se à fiscalização, ao controlo dos atos

---

<sup>46</sup> DUARTE, RUI PINTO, ob. cit., pp. 589 e 590.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo*, Almedina, 2007, p. 149.



praticados durante a vida da sociedade. Controlar se os atos praticados estão em conformidade com a lei não implica uma decisão de gestão, tal como caracterizada acima. Consequentemente, a nosso ver, só fará sentido a aplicação daquele preceito a estes casos quando o órgão de fiscalização “é incumbido da prática de atos para-administrativos que não se reconduzam a uma mera função de controlo ou inspeção”<sup>48</sup>. Aqui, passamos da prática de atos pré-estabelecidos e vinculados, para a prática de atos de administração, atos discricionários, para os quais já é plausível a aplicação do n.º 2, do art. 72.º. Em conclusão, a referida remissão operada pelo art. 81.º não pode ser encarada tal qual, impondo-se, portanto, uma leitura cuidadosa da mesma.

Em segundo lugar, e no que diz respeito à aplicação perante credores sociais, sócios e terceiros, também os arts. 78.º, n.º 5 e 79.º, n.º 2 remetem para o disposto no art. 72.º, incluindo o n.º 2, onde está prevista a exclusão da responsabilidade dos administradores. Contudo, ao contrário do que acontece com os grupos de sociedades, esta remissão não significa uma aplicação clara e inequívoca. Aliás, não vemos como ela pode ser sequer possível. Na verdade, uma interpretação literal significaria que os administradores poderiam exonerar-se da sua responsabilidade não só perante a sociedade, mas igualmente perante terceiros que nada têm a ver com a escolha e designação do administrador ou com a gestão da sociedade e com os deveres a que aquele está sujeito, questões que lhes são totalmente alheias. Nestes casos, operada a remissão prevista na lei, a responsabilidade dos administradores perante credores, sócios e terceiros poderia ser igualmente excluída, ficando, consequentemente, afastado o direito de indemnização que lhes caberia. Terá sido essa, de facto, a vontade do legislador?

Partilhamos a opinião de Carneiro da Frada quando refere que esta remissão não foi feliz e desajuda, bem como do entendimento de Coutinho de Abreu, segundo o qual deve a mesma ser interpretada restritivamente. Em boa verdade, nenhum sentido faria excluir a responsabilidade dos administradores perante terceiros com base no cumprimento de deveres de cuidado, exigíveis e invocáveis apenas pela sociedade. Se o dever de cuidado não existe perante terceiros, estes não podem vir reclamar do

---

<sup>48</sup> LOURENÇO, NUNO CALAIM, ob. cit., p. 36. O A. refere como exemplo o caso da contratação de peritos. Assim também, CÂMARA, PAULO, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008, p. 47, referindo que a norma remissiva não é de aplicação cega, obrigando a um juízo de adequação. Em sentido contrário, todavia, DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, ob. cit., pp. 78 a 81, agarrando-se à letra da lei e ao regime efetivamente consagrado, defende a aplicação total do n.º 2, do art. 72.º aos titulares dos órgãos de fiscalização.

administrador uma conduta em conformidade com o mesmo. Ora, é este dever de cuidado que o art. 72.º, n.º 2 fiscaliza e, como tal, não se concebe a sua aplicação a estes casos.

Mais. Conforme esclarece Carneiro da Frada, os deveres a que o administrador está adstrito perante terceiros são, normalmente, deveres específicos<sup>49</sup>, os quais não beneficiam, como vimos, de qualquer autonomia no cumprimento. Uma vez mais, não havendo discricionariedade na tomada da decisão (uma vez que a lei lhes impõe a adoção de determinada conduta) sempre faltaria um dos pressupostos essenciais para a aplicação do art. 72.º, n.º 2.

Tentando resolver o problema que resulta desta redação legislativa impulsiva e irrefletida, Coutinho de Abreu entende que ela deve aplicar-se apenas “nos casos em que os credores se sub-rogam à sociedade [sendo que tal aplicabilidade não necessitava da remissão em causa, uma vez que, neste casos, os credores estariam a ocupar a posição que a sociedade ocuparia caso tivesse agido] e naqueles outros (se existirem) em que se reconheça haver algum espaço de discricionariedade para as decisões dos administradores”<sup>50</sup>. Solução que, por ir ao encontro das considerações *supra*, partilhamos<sup>51</sup>.

Em linha com o exposto, vale a pena considerar ainda um terceiro grupo de casos. Será o art. 72.º, n.º 2 aplicável a um administrador de facto? Administrador de facto é aquele que “sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade”<sup>52</sup>. A existência do conceito é pacificamente reconhecida pela doutrina, sendo aquele inclusivamente referido nalguma legislação nacional (designadamente no CIRE). O seu conteúdo e alcance, porém, têm sido largamente discutidos, em especial no que diz respeito à responsabilidade decorrente da gestão danosa de um destes administradores de facto.

---

<sup>49</sup> FRADA, CARNEIRO DA, ob. cit., pp. 12 e 13.

<sup>50</sup> ABREU, COUTINHO DE, ob. cit., 2010, p. 48, nota de rodapé 98.

<sup>51</sup> Solução que nos parece mais problemática e menos fácil de enquadrar na lei é a apontada por ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA, ob. cit., pp. 371 e 372. Se por um lado poderia fazer sentido a indicada teoria francesa do *faute séparable*, segundo a qual os administradores só são responsáveis perante sócios e terceiros pelos prejuízos que diretamente lhes causem quando agem de modo totalmente irracional para os interesses da sociedade e em proveito próprio, cometendo uma “falta pessoal” separável do exercício das suas funções; por outro, e tal como reconhece o A., ela é categoricamente rejeitada pelo art. 79.º, n.º 1, que prevê que “os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros por danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções”.

<sup>52</sup> ABREU, J. M. COUTINHO DE, ob. cit., 2010, p. 101.

Por um lado, parece poder afirmar-se que, caso se entendesse inexistir aquela responsabilização, o administrador de facto poderia gerir a sociedade com impunidade, enquanto, em contrapartida, sobre o administrador de direito recairia um dever de administrar prudente e corretamente a sociedade, sob pena de ser civilmente responsabilizado. Teríamos, então, um sistema altamente recompensador e vantajoso para quem atua como administrador sem para tal ter sido designado.

Contudo, por outro, não podemos deixar de salientar a inexistência de tipificação no CSC da definição propriamente dita de administrador de facto, havendo diversos segmentos de casos a considerar (*administradores de facto aparentes, administradores de facto ocultos sob outro título, administradores na sombra...*). Ora, a fronteira a estabelecer (nomeadamente para efeitos de saber se estes administradores estão sujeitos à obrigação de cumprimento de deveres de cuidado na gestão da sociedade e ao respetivo regime de responsabilidade), prende-se com o próprio conceito de administrador de facto, e não com a regra do art. 72.º, n.º 2.

Não temos aqui oportunidade de aprofundar, devidamente, esta temática, a qual, só por si, daria asas a uma igual dissertação<sup>53</sup>. Contudo, diremos apenas que se aceitamos a existência de um administrador de facto e possibilitamos que o mesmo administre e, no fundo, controle efetivamente a sociedade, teremos que reconhecer a possibilidade de a sua gestão se vir a revelar danosa e prejudicial para a sociedade. Nesta sequência, caso se entendesse que o administrador de facto estaria sujeito ao regime da responsabilidade civil, por ter atuado como se de um administrador de direito se tratasse, o mesmo entendimento deveria possibilitar-lhe, por igualdade de circunstâncias, a invocação da causa de exclusão da obrigação de indemnizar em causa.

No entanto, a regulação do regime dos administradores de facto é ainda omissa no CSC, pelo que nos impede de retirar qualquer conclusão assertiva. Resta-nos esperar pela intervenção do legislador, limitando-nos a chamar a atenção e deixar a nota que antecede.

---

<sup>53</sup> Para maiores desenvolvimentos ver, por exemplo, COSTA, RICARDO, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2014.

### 5.1.2. Âmbito de aplicação objetivo: situações carecidas de interpretação

Uma das questões problemáticas que poderá dificultar a aplicação desta regra, prende-se com o alcance dos requisitos exigidos, isto é, a atuação em termos informados, livre de interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

É este o âmbito de aplicação objetivo desta norma. Mas o que significam em concreto cada um daqueles requisitos?

Ainda que seja comum associar os dois primeiros respetivamente aos já referidos deveres de cuidado e lealdade, o último requisito (apontado por Coutinho de Abreu como o “elemento normativo verdadeiramente perturbador”<sup>54</sup>) não tem sido facilmente interpretado. Em que consiste a racionalidade empresarial e como se faz essa prova?

#### (i) “A racionalidade empresarial”

Em primeiro lugar, detenhamo-nos sobre o conceito da racionalidade. Parece ser relativamente claro que, com base naquele conceito, o Tribunal apreciará a decisão tomada pelo administrador caso ela se venha a revelar irracional, ou seja, se a decisão for ilógica, se não tiver uma razão de ser<sup>55</sup>. Contudo, o teor da lei não se refere apenas a critérios de racionalidade, mas a “critérios de racionalidade *empresarial*”. Ora, é também relativamente claro – e unânime – que ao Tribunal caberá apenas uma apreciação procedimental, em contraposição à apreciação substancial, relativa ao conteúdo da decisão. “Ao tribunal não cabe questionar os critérios empresariais utilizados nem, menos ainda, ajuizar sobre se havia decisões alternativas melhores”<sup>56</sup>. Contudo, cabe-lhe averiguar se subjaz à decisão em causa uma lógica... *empresarial*. Como conjugar estas ideias?

A racionalidade empresarial, no entendimento de Coutinho de Abreu, pode ser remetida ao conceito de racionalidade económica, juntamente com a especificação do escopo empresarial traduzido na prossecução do lucro. Assim, o conceito significaria que o administrador, no processo de tomada de decisão, deve respeitar os princípios da

<sup>54</sup> ABREU, J. M. COUTINHO DE, ob. cit., 2010, p. 44.

<sup>55</sup> O n.º 2 do art. 72.º é aplicável a decisões irrazoáveis, com resultados desfavoráveis ou com base em erros de gestão, mas não a decisões irracionais.

<sup>56</sup> CÂMARA, PAULO, ob. cit., p. 49.

economia de meios e do máximo resultado, ou do máximo grau de realização do fim<sup>57</sup>. Contudo, este mesmo A. aponta um entrave nesta interpretação. “Como poderia então o administrador provar que atuou segundo critérios de racionalidade (económico-empresarial) quando é certo que da sua atuação resultaram prejuízos para a sociedade?”<sup>58</sup>

Encarada com rigor, esta interpretação significaria uma dificuldade extrema na prova e uma apreciação por parte dos Tribunais muito mais alargada. Isto porque, ainda que a decisão fosse racional, compreensível, lógica, o administrador apenas poderia invocar o artigo 72.º, n.º 2 caso lograsse provar que prosseguiu aquele determinado fim com o mínimo dispêndio de meios ou, por outro lado, que com aqueles determinados meios, conseguiu o máximo grau de realização do fim.

Em face desta problemática, Coutinho de Abreu defende uma interpretação restritivo-teleológica, na medida em que a sindicabilidade da decisão ficará afastada nos casos em o que administrador não atuou de forma irracional, sem qualquer explicação coerente e plausível. Contudo, para tanto, o A. considera “o propósito do legislador na facilitação da prova para o afastamento da responsabilidade civil dos administradores”. Sucede que, conforme vimos, o propósito do legislador pode não ter sido assim tão linear. De facto, em Portugal a intenção do legislador não parecer ter sido a de facilitar a prova aos administradores. Razão pela qual nos questionamos se o legislador, ao referir o conceito de “racionalidade empresarial”, não o terá feito de forma intencional, ainda que conduzindo às consequência acima referidas.

Relativamente a esta questão, cumpre ainda salientar que o critério da racionalidade económica é também utilizado, “apenas com um ligeiro desvio linguístico”<sup>59</sup>, na lei penal, a propósito da incriminação da administração danosa. O artigo 235.º do CP refere-se assim às “regras económicas de uma gestão racional”. À semelhança do conceito de racionalidade económica, com esta expressão o legislador penal parece ter pretendido significar “o conjunto de deveres objetivos de cuidado pertinentes às *leges artis* numa gestão responsável, em última instância apostada em

---

<sup>57</sup> De igual forma, COSTA, RICARDO, ob. cit., 2007, p. 85, que considera que, como a decisão empresarial é uma decisão “económica” ou “com risco”, a racionalidade há de ser económica. Entende que, quando a lei exige que a racionalidade seja “empresarial”, deve ler-se social ou societária, “na exata medida em que a decisão deve basear-se na sua influência para a sociedade em vez de atender a considerações estranhas (...)”.

<sup>58</sup> ABREU, J. M. COUTINHO DE, ob. cit., 2010, p. 45.

<sup>59</sup> CÂMARA, PAULO, ob. cit., p. 47.

minimizar os custos e maximizar os proveitos”<sup>60</sup>. Esta última ideia de minimizar os custos e maximizar os proveitos parece-nos estar em harmonia com os já referidos princípios da economia de meios e do máximo resultado, reforçando, conseqüentemente, o entendimento do conceito de “racionalidade empresarial” nos termos já explicitados.

### **(ii) A inexistência de interesse pessoal**

Ainda relativamente aos elementos objetivos do art. 72.º, tenha-se agora em atenção o requisito de atuação “livre de qualquer interesse pessoal”. O administrador deve atuar de forma desinteressada, optando pelas condutas que traduzem o melhor interesse da sociedade, respeitando dessa forma o dever de lealdade. Esta inexistência de interesse pessoal avalia-se, como é evidente, individualmente.

Sucedem que, o administrador envolvido nesta avaliação pode ser (e provavelmente até será) simultaneamente titular de participações sociais da sociedade onde exerce o cargo de administrador. Esse interesse pessoal (correspondente ao facto de ser acionista) prejudica ou influencia a prossecução do interesse social, no âmbito do exercício das suas funções enquanto administrador? Nas votações em AG, por exemplo, pode considerar-se, de antemão, que o administrador-acionista vota da mesma forma que os restantes administradores? Não estará ele tentado a tomar uma decisão parcial, no sentido de adotar uma decisão que lhe proporcionará benefícios diretos e pessoais (enquanto acionista), desconsiderando o verdadeiro interesse da sociedade?

A questão, embora seja de grande pertinência e relevo prático, não tem sido abordada pela doutrina portuguesa (talvez devido ao ainda inexistente número de casos de aplicação do art. 72.º, n.º2). Contudo, ela foi levantada, nos EUA, no âmbito de um Relatório elaborado pelo NACD Council.

Confrontados com esta situação, os tribunais americanos têm, de forma uniforme, optado por absolver os administradores na maior parte dos casos (não tivesse sido essa a motivação da consagração da *bjr*)<sup>61</sup>. Para o efeito, têm considerado que os administradores-acionistas têm uma motivação acrescida, uma vez que ao zelar pelo interesse social, beneficiando a sociedade, estarão também a beneficiar, a final (com a distribuição de lucros), os seus próprios interesses, enquanto acionistas. No caso *Finch*

---

<sup>60</sup> AA. VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, p. 544.

<sup>61</sup> Ver *supra* Capítulo 1.

vs. *Warrior Cement Corp.*, o Tribunal de Delaware considerou que os administradores-acionistas, na tomada de decisão, não de cumprir de forma mais rigorosa o dever de cuidado, já que caso “fechem um mau negócio”, eles estarão a prejudicar não só os interesses dos restantes acionistas, mas também os próprios<sup>62</sup>.

Esta ideia é pertinente nos EUA, tendo em conta, em primeiro lugar, a motivação e circunstâncias que levaram à consagração da *bjr* e, em segundo, porque o regime ali consagrado beneficia de uma presunção de licitude da conduta dos administradores<sup>63</sup>.

Contudo, perguntamo-nos: será, em Portugal, a simultaneidade de cargos suficiente, *de per si*, para se considerar sempre preenchido o requisito da inexistência do interesse pessoal, para efeitos de exclusão da responsabilidade dos administradores? De facto, parece ser possível afirmar que um administrador terá, em princípio, um cuidado acrescido na sua atuação, que será mais zeloso na tomada das suas decisões, por força da sua qualidade simultânea de acionista. Isto porque uma gestão ruinosa para a sociedade implicaria prejuízos também para si próprio, enquanto titular de participações sociais na sociedade, designadamente no que diz respeito à sua quota-parte dos lucros.

Entendimento que valerá mesmo na possibilidade de a sociedade não distribuir lucros anualmente. Poder-se-ia pensar que nos anos em que não é deliberada a distribuição dos lucros, os administradores-acionistas ao beneficiar o interesse social, contribuindo para o crescimento do património da sociedade, poderiam não estar afinal a beneficiar os seus próprios interesses, uma vez que não receberiam qualquer proveito ou benefício, em contrapartida da qualidade de acionistas. Todavia, e ainda que tal sucedesse, um dos interesses dos acionistas é que a sociedade onde detém participações sociais tenha valor e património, pois isso significará que a sua participação social está bem valorizada, sendo, consequentemente, detentor de um ativo valioso. Portanto, um administrador-acionista, mesmo naqueles casos, demonstrará, em princípio, maior zelo na tomada das suas decisões, tendo em vista uma gestão rentável.

Parece, então, poder concluir-se que o administrador, sendo simultaneamente acionista, terá uma motivação acrescida em zelar pelo interesse social, o que contribuirá para demonstrar que, no momento da tomada de decisão, atuou com zelo e cautela, com a intenção de beneficiar o interesse da sociedade (que era também, no fundo, o seu interesse enquanto acionista).

---

<sup>62</sup> BALOTTI, R. FRANKLIN, ELSON, CHARLES M., LASTER, J. TRAVIS, *Equity Ownership and the Duty of Care: Convergence, Revolution, or Evolution?* in *The Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, p. 669.

<sup>63</sup> Para maiores desenvolvimentos cfr. BALOTTI, R. FRANKLIN, *et. al.*, *ob. cit.*

Note-se, todavia, que o exposto não significa, sem mais, a inexistência de um interesse pessoal por parte do administrador-acionista nem o cumprimento do dever de lealdade. Na verdade, nem sempre o interesse social (enquanto interesse da coletividade ou interesse comum à maioria dos sócios ou acionistas), corresponde aos interesses individuais dos acionistas (sejam apenas acionistas ou acionistas-administradores). Estes podem ser, muitas vezes, conflitantes com o interesse social ou até com os interesses dos restantes acionistas, entre si. Nestes casos, e dependendo da participação social em causa e do peso do respetivo direito de voto, é possível conceber que um administrador-acionista seja influenciado e impelido a decidir em favor do seu interesse individual.

Desta forma, e ainda que se possa admitir que o administrador irá ponderar com maior prudência as decisões a tomar, a simultaneidade de funções não nos parece ser suficiente para, em Portugal, considerar que a prossecução do interesse social foi respeitada e, em consequência, absolver, sem mais, os administradores, como tem acontecido nos EUA.

## 5.2. Regime Processual

Vimos já que a forma como se interpreta o propósito do legislador, subjacente à estipulação do art. 72.º, n.º 2, afeta a forma como encaramos as questões que o mesmo deixou por resolver, nomeadamente o conceito de “racionalidade empresarial” ou o sentido das remissões dos arts. 78.º, 79.º e 81.º. Porém, dependente daquela interpretação está igualmente o regime do ónus da prova.

Desde logo, dependente do propósito que o legislador societário quis atribuir ao art. 72.º, n.º 2, está a questão de saber se o mesmo o consagrou como causa de exclusão de responsabilidade, ou, por outro lado, enquanto pressuposto da responsabilidade. A CMVM, no Processo de Consulta Pública, refere apenas que a inclusão do n.º 2 “enquadrar-se-ia como complemento da cláusula geral sobre responsabilidade dos administradores”. A discussão tem sido alvo de múltiplas dissertações e opiniões doutrinárias, já que tem um interesse significativo, especialmente devido à sua relação com o n.º 1 do art. 72.º e às implicações que tem quanto ao ónus da prova.



De facto, a questão do ónus da prova é de importância fulcral na aplicação do n.º 2, do art. 72.º, uma vez que influencia, de forma determinante, o destino da ação e o ganho da causa<sup>64</sup>. Vejamos.

### 5.2.1 Causa de exclusão ou pressuposto da responsabilidade?

Enquanto pressuposto da responsabilidade<sup>65</sup>, é necessário que se demonstre a violação do n.º 2, do art. 72.º. Significa isto que, deve ficar provado que o administrador em causa não atuou em termos informados, no interesse da sociedade e de acordo com critérios de racionalidade empresarial. Só haverá lugar a responsabilidade do administrador se ficar provada a violação destas condições. Ora, este ónus recairá sobre o autor da ação, sobre a sociedade lesada.

De forma oposta, se se consagrar o n.º 2 do art. 72.º como causa de exclusão da responsabilidade, só haverá lugar a responsabilidade do administrador se *não* se provarem as condições já referidas. Isto é, apesar de se partir do “princípio de que toda a administração é judicialmente sindicável e suscetível de conduzir a responsabilidade”<sup>66</sup>, se o administrador provar que agiu de forma informada, desinteressada e imparcial, é excluída a sua responsabilidade, afastando-se a apreciação do mérito da sua gestão. O elemento mais significativo desta conceção é o facto de o ónus da prova recair, aqui, sobre o administrador.

Em suma, no âmbito do entendimento enquanto pressuposto da responsabilidade, “a incerteza ou a dúvida que permaneça sobre se houve ou não recolha e ponderação da informação devida por parte do administrador faz com que a responsabilidade do administrador caia” (configurando, ao que nos parece, o princípio basilar do *in dubio pro reu*); Por outro lado, a defesa da interpretação do n.º 2, do art. 72.º enquanto causa de exclusão significaria que, “não logrando fazer a prova de que tal informação foi coligida e apreciada, o administrador fica obrigado a indemnizar”<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> “O n.º 2 do art. 72.º pode até sair severamente comprometido se não houver uma adequada compatibilização com a distribuição do ónus da prova nas ações de responsabilidade dos administradores, genericamente previstas no n.º 1”. Ver FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 8.

<sup>65</sup> Ou requisito *sine qua non* da responsabilidade, nas palavras de FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 7.

<sup>66</sup> FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 7.

<sup>67</sup> FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 8.

### 5.2.2. O regime do ónus da prova

#### (i) *Na tese minoritária do pressuposto de responsabilidade*

Impõe-se, em primeiro lugar, saber quem deve invocar os factos suscetíveis de originar responsabilidade, ou seja, ilicitude, dano e nexo de causalidade entre facto e dano (tendo em conta que a culpa se presume, uma vez que se trata aqui de responsabilidade contratual<sup>68</sup>).

Na perspetiva aqui em causa, a prova da ilicitude, dano e nexo de causalidade entre facto e dano caberia à sociedade lesada, na qualidade de demandante. Porém, à sociedade cabe provar não só os requisitos de que depende a responsabilidade, como também os factos de onde resulte que o administrador não atuou em termos informados, não respeitando o interesse da sociedade nem os critérios de racionalidade empresarial, exigidos no n.º 2, do art. 72.º.

Defensor desta tese é António Pereira de Almeida. O A. entende que não cabe aos administradores o ónus da prova de que a sua atuação respeitou o interesse social, o dever de obtenção de informação e os critérios de racionalidade empresarial.

Considera até que um entendimento segundo o qual seriam os administradores a fazer aquela prova, “equivaleria sempre ao escrutínio do mérito das decisões, contrariando os princípios fundamentais da *bjr* e provocando naturalmente uma administração defensiva, avessa ao risco empresarial, com prejuízo para os sócios, que se pretende evitar”<sup>69</sup>.

O A. atenta, assim, no propósito da *bjr* americana e considera que o mesmo foi o impulsionador do n.º 2 do art. 72.º. Não se prende com os objetivos da Reforma de 2006 ou com o baixo número de ações de responsabilidade que, ainda hoje, se verifica em Portugal. Em consequência, é da opinião que se deve estudar o n.º 2 do art. 72.º em conexão com os objetivos e natureza da *bjr* americana, “que o legislador anunciou

---

<sup>68</sup> O art. 799.º do CC determina, no caso da responsabilidade contratual, a inversão do ónus da prova do elemento da culpa, prevendo que “incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”. Em particular no que diz respeito à responsabilidade para com a sociedade, veja-se ainda o art. 72.º, n.º 1, estipulando que os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade “salvo se provarem que procederam sem culpa”. Note-se, ainda, a respeito do elemento da culpa, que se se considerar que o administrador atuou com negligência então está claramente afastada a aplicação do art. 72.º, n.º 2.

<sup>69</sup> ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA, ob. cit., p. 371.

pretender assimilar”<sup>70</sup>. Por esse facto não partilha o entendimento da restante doutrina e considera que se a intenção do legislador era a de assimilar ou transpor a *bjr* americana, então devem ser respeitados os princípios da mesma.

Uma vez mais, fica evidenciada a influência decisiva da interpretação do propósito e intenções do legislador.

Nesta sequência, no entendimento do A., deve ser o demandante a provar os factos que integram a ilicitude, os prejuízos e o nexo de causalidade, com referência aos critérios de responsabilidade do art. 72.º, n.º 2 e que, aos administradores demandados competirá, apenas, a ilisão dessas provas, de acordo com o disposto no n.º 2 do art. 342.º do CC<sup>71</sup>.

Contudo, esta interpretação está, a nosso ver, deslocada do contexto nacional. Na verdade, e como já fizemos referência, o art. 72.º, n.º 2, apesar de inspirado na *bjr* americana, foi pensado no âmbito de circunstâncias muito distintas. Precisamente por esse motivo questionámos, já por diversas vezes ao longo do nosso trabalho, o verdadeiro propósito que o legislador societário português teve em conta com o aditamento daquele n.º 2. Daí que a conceção defendida por António Pereira de Almeida (ainda que mais vantajosa para os administradores, em termos de ónus de prova) não seja enquadrável com o regime que se parece ter querido impor relativamente à causa de exclusão da responsabilidade civil dos administradores em Portugal.

## **(ii) Na tese maioritária da causa de exclusão da responsabilidade<sup>72</sup>**

Na opinião da grande maioria dos AA., a sociedade demandante deve alegar (apenas) a violação do dever de cuidado.

Porém, não terá que demonstrar concreta e conclusivamente a ilicitude, dano e nexo de causalidade. À primeira vista, com base neste entendimento, bastaria a mera alegação para desencadear um processo de responsabilização. Ora, esta ideia implicaria uma rutura com os pilares do sistema de responsabilidade português. Para evitar este

---

<sup>70</sup> *Idem*, p. 369.

<sup>71</sup> O A. entende que a expressão utilizada na lei “provar que atuou” deve ser interpretada como ilisão da prova contrária. *Idem*, p. 370.

<sup>72</sup> Defendida, designadamente, por LOURENÇO, NUNO CALAIM, ob. cit., pp. 39 e 40; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, ob. cit., p. 24; FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 8; ABREU, J. M. COUTINHO DE, ob. cit., 2010, p. 43; SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade Civil dos Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, in ROA, Ano 67, Vol. I, 2007, p. 13; COSTA, RICARDO, ob. cit., 2007, p. 64; DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, ob. cit., p. 72.

impacto, grande parte da doutrina que entende o n.º 2, do art. 72.º como causa de exclusão da responsabilidade (e que entende consequentemente que o ónus da prova dos seus requisitos recai sobre os administradores), defende a necessidade de uma prova indiciária dos requisitos prévios da responsabilidade civil por parte da sociedade lesada <sup>73</sup>.

Bastará, então, a mera prova indiciária por parte da sociedade lesada (conjugada naturalmente com a falha do administrador em provar que não violou os seus deveres) para que a decisão do administrador seja judicialmente sindicável, correndo assim o risco de vir a ser responsabilizado e condenado ao pagamento de uma indemnização.

Estes AA. defendem, assim, uma flexibilização na prova da violação dos deveres que desencadeiam a responsabilidade. Tendo em conta que, por falta de acesso aos elementos documentais que poderão sustentar a prova, a sociedade lesada se depara com dificuldades em provar os factos e a ilicitude da conduta<sup>74</sup>, os AA. entendem que se impõe uma facilitação judicial dessa prova à lesada. Ou seja, “importa auxiliar o lesado que não está em condições de cumprir em plenitude os requisitos da prova da violação, permitindo-lhe a mera demonstração de um dano tão-só suscetível de, plausivelmente, ter derivado de uma conduta desconforme com o Direito”<sup>75</sup>. A alegação do dano não deve,

---

<sup>73</sup> Neste sentido, temos, FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 9; LOURENÇO, NUNO CALAIM, ob. cit., p. 45; NUNES, PEDRO CAETANO, ob. cit., p. 39; OLIVEIRA, ANA PERESTERRELO DE, ob. cit., p. 147.

Por sua vez, COSTA, RICARDO, ob. cit., 2007, pp. 64 e 65, parece partilhar este entendimento, quando afirma que à sociedade demandante cabe o ónus de provar os factos constitutivos do direito de indemnização e que, em contrapartida, o administrador deve provar os «factos extintivos» do direito indemnizatório invocado pelo demandante. De igual forma, ABREU, J. M. COUTINHO DE, ob. cit., 2010, pp. 43 e 44, apesar de não tecer nenhum comentário relativo à prova indiciária, parece entender que ela é suficiente. Tiramos esta conclusão pelo facto de este A. defender a conceção do n.º 2 do art. 72.º enquanto causa de exclusão da responsabilidade e simultaneamente considerar que a sociedade demandante tem o ónus de provar os factos constitutivos do direito à indemnização e, igualmente, quais os atos ou omissões ilícitas do administradores que causaram danos ao património social. Acrescenta, ainda, que, no entanto, pode o administrador, para não ser responsabilizado, provar as condições do n.º 2, do art. 72.º.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, ob. cit., p. 72, defende que a prova dos requisitos do n.º 2 do art. 72.º cabe aos administradores, porém não faz qualquer referência à prova indiciária, nem remete para nenhum A. que defenda essa tese.

Relativamente a esta questão, VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, ob. cit., pp. 54 e ss., apresenta uma versão muito própria. No entendimento deste A., (e ainda que considere ser uma “péssima opção legislativa”) o n.º 2, do art. 72.º contém uma presunção de ilicitude da atuação do administrador. Significa isto que, a sociedade lesada se pode prevalecer desta presunção, bastando-lhe a sua invocação, cabendo, em contrapartida, ao administrador lesante, alegar e demonstrar que ao ter praticado os factos que lhe são imputados (se não os impugnar), o fez com respeito pelos seus deveres fiduciários, ou seja, com respeito pelas exigências previstas no n.º 2, do art. 72.º. Para este A., esta prova por parte dos administradores corresponde “a uma inversão do ónus da demonstração da ilicitude que confirma, no fundo, que foi presumida a ilicitude”.

<sup>74</sup> “Quer pelo lado da especificação do cuidado exigível, quer no plano da individualização e prova da concreta conduta dos administradores, suscetível de conduzir a responsabilidade”. Cfr. FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 9.

<sup>75</sup> *Idem*.

porém, significar a aceitação de uma responsabilidade pelo risco, em que a própria alegação seria suficiente para provar a ilicitude da conduta do administrador. O que se quer dizer é que, o dano e a sua conexão com a conduta ilícita devem ser demonstrados, através do que é, no fundo, uma prova por verosimilhança (*prova prima facie*<sup>76</sup>).

Os AA. defensores desta tese têm apontado como fundamento para este aligeiramento da prova, o facto de só assim se “assegurar o efeito útil da regra do n.º 2 do art. 72.”<sup>77</sup>. Caso contrário, caso se exigisse uma prova plena e concreta da conduta ilícita do administrador, a exclusão da responsabilidade prevista no n.º 2, do art. 72.º “não teria espaço para operar”<sup>78</sup>, “ficaria sem um espaço próprio de atuação”<sup>79</sup>. Caso se exigisse a prova rigorosa e conclusiva da ilicitude em causa, o n.º 2 do art. 72.º perderia a sua utilidade, uma vez que o administrador já estaria protegido pelas regras gerais de distribuição do ónus da prova no que respeita à ilicitude.

Seguindo esta conceção, teríamos, então, em primeiro plano, a invocação, por parte da sociedade lesada, de indícios da violação dos deveres em causa, “impondo-se a seguir aos administradores o ónus de provar que observaram as exigências postas por uma boa administração”<sup>80</sup>. É após aquele primeiro impulso processual por parte da sociedade lesada, no âmbito do qual se suscitou a dúvida relativamente à bondade da decisão em causa, que os administradores intervirão. Em oposição àquele impulso, e porque viram a sua decisão questionada e colocada em xeque, os administradores terão que provar os requisitos do n.º 2, do art. 72.º, para justificar e demonstrar que a sua atuação respeitou afinal os deveres que lhes eram impostos.

Neste sentido, esta forma de encarar o n.º 2, do art. 72.º onera consideravelmente o administrador demandado, na medida em que a responsabilidade só é afastada se ele conseguir fazer prova da verificação dos requisitos do n.º 2, do art. 72.º. Os defensores da teoria da causa de exclusão justificam este entendimento com o facto de os administradores estarem em melhor posição para demonstrarem que agiram em termos informados, de forma racional e sem interesse pessoal na decisão, uma vez que são eles que se encarregam da gestão da sociedade e que guardam todos documentos, atas e balanços relativos à mesma.

---

<sup>76</sup> Tipo de prova que se contenta com a presença de indícios suficientes da violação dos deveres em causa. Basta-se com a probabilidade razoável, demonstrada por indícios, da verificação dessa violação.

<sup>77</sup> LOURENÇO, NUNO CALAIM, ob. cit., p. 44.

<sup>78</sup> FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 9.

<sup>79</sup> LOURENÇO, NUNO CALAIM, ob. cit., p. 45.

<sup>80</sup> FRADA, M. A. CARNEIRO DA, ob. cit., p. 9.

Todavia, e ainda que em melhor posição, a questão da prova é sempre uma das questões mais complexas e problemáticas no processo judicial. *Maxime*, quando estão em causa decisões sobre a gestão da sociedade. A recolha de informação, a ponderação das circunstâncias e hipóteses possíveis são aferidas de forma discricionária. Qual era a informação razoável naquele momento, as circunstâncias ponderadas foram suficientes? Ainda que o administrador tente provar que estava em causa um custo desproporcionado no acesso à informação, ou que a decisão era urgente e não admitia que se alongasse o processo de investigação prévio à tomada da decisão, a avaliação é discricionária e feita, em última análise, pelo Tribunal.

Ainda uma agravante de importante consideração. No momento em que o administrador tiver que provar os requisitos exigidos, os tribunais já estarão influenciados pelos resultados da decisão em causa. Tendo em conta que o juízo é *a posteriori*, os juízes terão tendência e estarão mais propensos a responsabilizar os administradores, uma vez que já conhecem a conjuntura económica, a reação do mercado e todas as circunstâncias envolventes. Pensar e reconstruir o processo de tomada de decisão, após a tomada da mesma e conhecendo os prejuízos que dela resultaram, é uma tarefa desajustada e inevitavelmente parcial. Ser-lhes-á difícil retroceder e perceber de que formas foram estimadas, previstas ou ponderadas, pelos administradores, num dado momento, as consequências que vieram a ocorrer<sup>81</sup>.

Em consequência, caso o Tribunal venha a considerar que a decisão não foi precedida de informação razoável ou adequada, o administrador será obrigado a indemnizar, sofrendo, dessa forma, as consequências desfavoráveis da falha de prova.

Não obstante, e ainda que a posição dominante da doutrina (de que a prova por parte da sociedade deve ser indiciária e de que o *verdadeiro* ónus probatório recai sobre os administradores), se possa revelar um pouco mais onerosa para os administradores, tendemos a considerar que a mesma descobriu um equilíbrio para as duas partes.

A prova indiciária por parte da sociedade respeita os objetivos que a Reforma de 2006 teve em vista, os objetivos de estimular e aumentar o número de ações de responsabilidade civil contra administradores. Admitindo a prova indiciária, a sociedade vê a sua posição facilitada, considerando, assim, mais rápida e seriamente a propositura de uma ação.

---

<sup>81</sup> VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, ob. cit., p. 72 compara este juízo *a posteriori* a um jogo de Bridge, onde depois de uma mão jogada, toda a gente sabe como é que ela deveria ter sido jogada, considerando, em consequência que, esta apreciação posterior é sempre “inevitavelmente falsa”.

Ao mesmo tempo, o facto de a prova ser indiciária deixa aberta a possibilidade de o administrador demonstrar que, na realidade, cumpriu os seus deveres e que não houve ilicitude, afastando, desta forma, os indícios invocados inicialmente pela sociedade demandante, os quais por serem meros indícios serão mais facilmente desconsiderados.

## Conclusão

O sucesso ou fracasso de um determinado negócio ou de uma determinada sociedade comercial depende, em larga medida, dos seus órgãos decisórios. São eles que reúnem informação, avaliam os riscos, os ganhos, as perdas e, a final, tomam a decisão. Acontece que, por vezes, esta decisão não corresponde àquilo que os administradores previram ou não apresenta os resultados esperados, revelando-se prejudicial para a sociedade. Ora, o erro na gestão de uma sociedade comercial pode ter consequências particularmente devastadoras. Não só para a própria sociedade, mas também para os administradores, que alvo de uma ação de responsabilidade, verão a sua atuação escrutinada e posta em causa.

Tendo isto em consideração, o legislador nacional, inspirado na *bjr* norte-americana, criou um mecanismo de exclusão da responsabilidade dos administradores que demonstrem ter atuado de forma diligente, conscienciosa, adotando a conduta que, nas mesmas circunstâncias, qualquer “*gestor criterioso e ordenado*” teria adotado. A este respeito, vimos que, nessa sequência, o novo n.º 2, do art. 72.º não pode ser invocado sem referência ao art. 64.º, por ser este que concretiza os critérios gerais de atuação dos administrados e os deveres *fundamentais* que lhes são exigíveis.

Analisado o regime que ficou efetivamente expresso no n.º 2, do art. 72.º, a conclusão a retirar parece ser a de que verificados os pressupostos ali previstos, os administradores passam a poder afastar a responsabilidade que lhes caberia, bem como, o respetivo dever de reparação de danos, ainda que da sua atuação tenham resultado danos para a sociedade. E passam, agora, a poder fazê-lo de dois modos: ou demonstrando que a sua conduta foi precedida de um juízo informado, imparcial e empresarialmente racional; ou demonstrando que, não obstante a sua atuação ilícita, agiram sem culpa, acionando assim o n.º 1 do art. 72.º que tem, agora, aplicação residual em relação ao n.º 2.

Note-se que os administradores apenas irão demonstrar o preenchimento daqueles três requisitos de forma a contrariarem a posição tomada pela sociedade demandante. Isto é, ficou demonstrado que, embora não unânime, a doutrina majoritária entende que é a sociedade lesada quem deve fazer prova, ainda que indiciária, da violação do dever de



cuidado, por parte do administrador. Posição com a qual manifestámos a nossa concordância.

Em face das considerações que deixámos relativamente à análise do regime, importante é também salientar que, comparativamente, nos EUA a *bjr* foi consagrada como forma de escape, no sentido da proteção dos administradores; em Portugal, em contrapartida, ela parece ter um carácter preventivo, pois convida a uma estruturação mais cuidadosa do processo deliberativo pelos administradores, já que a exclusão da sua responsabilidade é mais facilmente alcançável se as suas decisões obedecerem a um processo interno inatacável.

Para além da análise dos pressupostos previstos no art. 72.º, n.º 2 e do regime do ónus da prova, tentámos, ao longo do presente trabalho, suscitar o interesse para questões que, embora não tratadas pela doutrina, podem ser relevantes na aplicação prática do preceito. Na verdade, o legislador nacional ao importar esta norma deixou em aberto a interpretação de algumas questões, tendo adotado uma política legislativa não muito clara, para a qual chamamos a atenção.

Neste âmbito, e apesar das intenções e motivações do legislador não serem as mais claras e evidentes, parece-nos que a norma do art. 72.º, n.º 2 tem três grandes pilares e objetivos. Por um lado, incentivar o empreendedorismo, não condenando a assunção de riscos, mas antes aceitando e promovendo o seu acontecimento. Em segundo lugar, visa evitar que os Tribunais façam juízos de valor em relação à atuação dos administradores, colocando em questão (*second-guessing*) as suas atitudes, as suas decisões, os métodos de gestão adotados, e eventualmente os seus conhecimentos técnicos. Por fim, visa, ainda, evitar uma retrospeção que seria, em bom rigor, impossível de reconstituir. Isto é, evitar que os Tribunais, inevitavelmente influenciados pelos resultados danosos que a decisão veio a revelar, não avaliem corretamente as circunstâncias e escolhas com que o administrador se deparou no momento da tomada de decisão.

Apesar da política legislativa adotada e das questões deixadas em aberto, são aquelas três conclusões que nos fazem refletir acerca da utilidade da norma e no facto de ela ser, a nosso ver, bem-intencionada e extremamente interessante. Na verdade, nenhum sentido faria que um administrador experiente, ponderado, cauteloso e conhecedor das circunstâncias de mercado e do negócio em causa, fosse responsabilizado pela tomada de uma decisão que (apesar dos resultados negativos), era, de facto, naquele particular momento e circunstâncias, a decisão mais acertada e aparentemente mais vantajosa. Na

nossa perspetiva, seria desastrosamente injusto e violento, naquele contexto, apontar o dedo ao administrador e responsabilizá-lo pela sua (boa) decisão. Especialmente quando se trata da previsão de resultados que, embora mais ou menos expectáveis, nunca são certos.

## Bibliografia

AA. VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999;

ABREU, J. M. COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, N.º5, Almedina, 2.ª edição, 2010;

ABREU, J. M. COUTINHO DE/ RAMOS, MARIA ELISABETE, in ABREU, J. M. COUTINHO DE (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Códigos, N.º1 Almedina, 2010;

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA, *A Business Judgment Rule*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista (coordenação de Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2011;

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades*, ed. do A., 2013;

BALOTTI, R. FRANKLIN, ELSON, CHARLES M., LASTER, J. TRAVIS, *Equity Ownership and the Duty of Care: Convergence, Revolution, or Evolution?* in *The Business Lawyer*, Vol. 55, 2000;

BLOCK, DENNIS J., NANCY E. BARTON, STEPHEN A. RADIN, *The business judgement rule – Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Volume I, 5<sup>th</sup> edition, Aspen Law & Business, New York, 1998;

BRANSON, DOUGLAS M., *The Rule That Isn't a Rule – The Business Judgment Rule*, Valparaiso University Law Review, Vol.36, 2002 (Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=346080>);

CÂMARA, PAULO, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008;

CEBRIÁ, LUIS HERNANDO, *El Deber de Diligente Administración en el Marco de los Deberes de los Administradores Sociales, La Regra del – Buen – Juicio Empresarial*, Marcial Pons, 2009;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2.<sup>a</sup> edição, 2012;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, LEX, 1997;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. I, Das Sociedades em Geral, Almedina, 2.<sup>a</sup> edição, 2007;

COSTA, RICARDO, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2014;

COSTA, RICARDO, *Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule*, in *Reformas do Código das Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Colóquios, N.º3, Almedina, 2007;

COSTA, RICARDO/ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, in ABREU, J. M. COUTINHO DE (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Códigos, N.º1 Almedina, 2010;

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006;

DUARTE, RUI PINTO, *A Intemperança Legislativa no Direito das Sociedades*, in II Congresso Direito das Sociedades em Revista (coordenação de Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2012;

FERREIRA, BRUNO, *Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes: análise aos deveres de lealdade em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário*, in Revista de Direito das Sociedades, Ano 1, N.º 3, Almedina, 2009;

FIGUEIREDO, MARIANA, “*A Business Judgment Rule*” e a sua Harmonização com o Direito Português, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas e dos Negócios na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2011;

FRADA, M. A. CARNEIRO DA, *A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Vol. I, 2007 (Disponível em <http://www.oa.pt/Publicacoes/revista/default.aspx?idc=1&idsc=2691&volumeID=59031&anoID=59030>);

GOMES, FÁTIMA, *Reflexões em Torno dos Deveres Fundamentais dos Membros dos Órgãos de Gestão (e Fiscalização) das Sociedades Comerciais à Luz da Nova Redação do Artigo 64.º do CSC*, in Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho, e Vasco Lobo Xavier, Vol. II, Coimbra editora, 2007;

Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais, Proc. de Consulta Pública n.º 1/2006, de 30 de janeiro de 2006 (disponível em [http://www.cmvm.pt/CMVM/Consultas%20Publicas/Cmvm/Pages/consulta\\_cmvm20060130a.aspx](http://www.cmvm.pt/CMVM/Consultas%20Publicas/Cmvm/Pages/consulta_cmvm20060130a.aspx));

LOURENÇO, NUNO CALAIM, *Os deveres de administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, 2011;

MACHADO, BATISTA JOÃO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2008;

MAIA, PEDRO; RAMOS, MARIA ELISABETE; MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL; DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Estudos de Direito das Sociedades*, 8.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2007;

NUNES, PEDRO CAETANO, *Corporate Governance*, Almedina, 2006;

NUNES, PEDRO CAETANO, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2012;

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo*, Almedina, 2007;

OLIVEIRA, ANTÓNIO FERNANDES, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Almedina, 2008;

RAMOS, MARIA ELISABETE, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Diretores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, Studia Iuridica, N.º 67, Coimbra Editora, 2002;

REIS, NUNO TRIGO DOS, *Os Deveres de Lealdade dos Administradores de Sociedades Comerciais*, CadOD, 2009;

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, 2009;

ROSENBERG, DAVID, *Galactic Stupidity and the Business Judgment Rule*, Journal of Corporation Law, Vol. 32, 2007 (Disponível em: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=5078&context=expresso>);

ROSENBERG, DAVID, *Making Sense of Good Faith in Delaware Corporate Fiduciary Law: A Contractarian Approach*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 29, No. 2, 2005, (Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=689604>);

SERAFIM, SÓNIA DAS NEVES, *Os deveres fundamentais dos administradores: o dever de cuidado, a business judgment rule e o dever de lealdade*, in Temas de direito das sociedades: coletânea de dissertações em direito das empresas - ISCTE-IUL, Coimbra Editora, 2011;

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade Civil dos Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Vol. I, 2007 (Disponível em <http://www.oa.pt/Publicacoes/revista/default.aspx?idc=1&idsc=2691&volumeID=59031&anoID=59030>);

SILVA, JOÃO SOARES DA, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: Os deveres Gerais e os Princípios da Corporate Governance*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, Vol. II, 1997 (Disponível em <http://www.oa.pt/Publicacoes/revista/default.aspx?idc=1&idsc=2691&volumeID=45141&anoID=45140>);

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade, Ilícitude e Culpa e o Artigo 64.º do CSC*, in Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Vol. II, 2009.